

Enkele fiscale aantekeningen bij 'Een inkoop die geen inkoop is'

Ondernemingsrecht 2019/56

1. Inleiding

In zijn bijdrage 'Een inkoop die geen inkoop is' (TVVS 1998, 98/8) onderzocht Vito Timmerman deerschikking van het aandelenkapitaal van KLM in 1998. In het kader van deze herschikking zijn door de staat gehouden gewone aandelen KLM omgezet in preferente aandelen KLM. De gewone aandelen en de preferente aandelen hebben beide dezelfde nominale waarde van ieder f 5. De gewone aandelen geven recht op een eventueel liquidatieoverschot. De preferente aandelen zijn niet gerechtigd tot een liquidatieoverschot. In verband met deze conversie heeft de staat een betaling van KLM ontvangen. De betaling is per aandeel gelijk aan de waarde van een gewoon aandeel KLM vóór de conversie verminderd met de nominale waarde van het preferente aandeel (f 5). De staat heeft van KLM een bedrag van circa f 800 miljoen ontvangen. In *Het Financieel Dagblad* van 8 juli 1998 wordt de herschikking van het kapitaal van KLM als inkoop van aandelen geduid. In zijn bijdrage gaat Vito Timmerman in op enkele juridische aspecten van de reorganisatie van het aandelenkapitaal van KLM. Hij stelt onder andere vast dat de conversie van gewone aandelen in preferente aandelen geen inkoop is.

In deze bijdrage ga ik in op enkele fiscale aspecten van conversie van gewone aandelen in preferente aandelen. In het bijzonder onderzoek ik of de conversie van gewone aandelen in preferente aandelen fiscaal als een inkoop van de bestaande gewone aandelen en een uitgifte van nieuwe preferente aandelen heeft te gelden. Achtereenvolgens beantwoord ik de volgende vragen:

- Wat is het fiscale belang om een conversie van aandelen al dan niet als inkoop en uitgifte van aandelen aan te merken?
- Wanneer leidt een statutenwijziging fiscaal tot een inkoop en uitgifte van aandelen?
- Is de conversie van gewone aandelen KLM in preferente aandelen KLM in fiscale zin een inkoop?

2. Belang fiscale kwalificatie conversie van aandelen

Conversie van aandelen is een rechtshandeling waarbij aandelen van de ene soort worden geconverteerd (omgewisseld) in aandelen van een andere soort. Het aandeel als zodanig blijft bestaan. Bij conversie worden de aan een aandeel verbonden rechten gewijzigd. Bij conversie vindt geen

inkoop, intrekking of uitgifte van aandelen plaats.² Deze civielrechtelijke duiding wordt fiscaal niet altijd gevolgd. Een conversie van aandelen kan voor de heffing van inkomstenbelasting en vennootschapsbelasting worden geduid als:

- een herschikking van rechten klevend aan aandelen die bij de statutenwijziging blijven bestaan; of
- een inkoop en intrekking van bestaande aandelen en uitgifte van nieuwe aandelen.³

Indien de aandelen voor de statutenwijziging fiscaal kunnen worden vereenzelvigd met de aandelen na de statutenwijziging dan wordt de conversie fiscaal niet als vervreemding van de aandelen aangemerkt. De conversie kan dan fiscaal geruisloos plaatsvinden. De conversie kan wel voor de toekomst fiscale gevolgen hebben wanneer de aandelen door de conversie tot een andere soort gaan behoren. Zie bijvoorbeeld artikel 4.7 Wet IB 2001 voor de aanmerkelijkbelangheffing.

Indien een conversie fiscaal als inkoop en uitgifte van aandelen wordt geduid dan is er in fiscale zin sprake van een vervreemding en verkrijging van aandelen. Bij conversie moet dan een vervreemdingsresultaat worden verantwoord. De belastingheffing over het vervreemdingsresultaat is afhankelijk van de plaats die de aandelen vóór de statutenwijziging innemen in het vermogen van de aandeelhouder. Behoren de aandelen tot het vermogen van een natuurlijk persoon dan wordt het vervreemdingsresultaat belast in box 1 (progressief tarief), box 2 (aanmerkelijkbelangtarief) of box 3 (forfaitaire heffing). Behoren de aandelen tot het vermogen van een aan de vennootschapsbelasting onderworpen lichaam, dan wordt het vervreemdingsresultaat belast in de vennootschapsbelasting, tenzij de deelnemingsvrijstelling van toepassing is.

Een conversie van gewone aandelen in preferente aandelen kan ook gevolgen hebben voor de heffing van dividendbelasting. Grondslag voor de heffing van dividendbelasting is de uitdeling van winst. Indien bij conversie van gewone aandelen in preferente aandelen door de vennootschap een uitkering uit de winstreserves wordt gedaan dan moet over deze uitkering dividendbelasting worden ingehouden.⁴ Indien bij een conversie sprake is van omzetting van winstreserves in aandelenkapitaal dan moet over de onttrekking aan de winstreserves dividendbelasting worden afgedragen. De dividendbelasting kan door binnenlandse aandeelhouders worden verrekend met verschuldigde inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting. Als verrekening niet mogelijk is, wordt de geheven dividendbelasting aan de aandeelhouder

1 Prof. dr. J.C.M. van Sonderen is belastingadviseur te Delft, hoogleraar belastingrecht Erasmus Universiteit Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift.

2 Zie R.A.F. Timmermans, 'Opheffing van een aandelensoort bij 'tracking stock'', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 248.

3 J.C.M. van Sonderen & S. van den Berg, 'Fiscale aspecten van tracking stock', *Ondernemingsrecht* 2004/74 (p. 214-217).

4 Tenzij een vrijstelling van toepassing is, bijvoorbeeld de vrijstelling in deelnemingssituaties, art. 4 Wet DB 1965.

teruggegeven. Voor buitenlandse aandeelhouders is de ingehouden dividendbelasting een eindheffing.⁵

3. Vervreemding van aandelen door statutenwijziging

Van een vervreemding in fiscale zin is sprake indien aandelen of daarin besloten financiële rechten uit het vermogen van een aandeelhouder overgaan in het vermogen van een ander. Of een vervreemding plaatsvindt, wordt beoordeeld vanuit het subject (de aandeelhouder), niet vanuit het object (het aandeel).⁶ Dit brengt met zich mee dat geen vervreemding in aanmerking wordt genomen als een enig aandeelhouder een deel van zijn gewone aandelen converteert in preferente aandelen. Zijn er meer aandeelhouders of worden samenhangend met de conversie aandelen aan een ander uitgegeven dan kan een conversie fiscaal als vervreemding worden aangemerkt. Van een vervreemding is sprake als de economische betekenis van de aandelen vóór de statutenwijziging niet overeenkomt met de economische betekenis van de aandelen na de statutenwijziging. Blijft de economische betekenis van de aandelen gelijk dan gaat geen economisch belang over uit het vermogen van de aandeelhouder naar het vermogen van een ander. De aandelen vóór de statutenwijziging kunnen dan worden vereenzelvigd met de aandelen na de statutenwijziging. Van een vervreemding in fiscale zin is geen sprake, zie HR BNB 1990/147.

In zijn besluit van 9 maart 2018 neemt de Staatssecretaris van Financiën het standpunt in dat van vereenzelviging slechts sprake kan zijn als de fiscale positie van aandelen door een conversie niet wijzigt.⁷ De voorwaarde dat de fiscale positie niet wijzigt, is niet terug te vinden in de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁸ Omdat voor gewone aandelen soms andere fiscale regels gelden dan voor preferente aandelen kunnen beide soorten volgens de staatssecretaris niet met elkaar worden vereenzelvigd. De staatssecretaris geeft in zijn besluit echter een goedkeuring. Onder de volgende door hem gestelde voorwaarden wordt de conversie van gewone aandelen in preferente aandelen niet aangemerkt als vervreemding voor de aanmerkelijkbelangheffing:

- a) De gewone aandelen worden bij statutenwijziging omgevormd tot cumulatief preferente aandelen.
- b) De vóór de statutenwijziging aan de om te zetten gewone aandelen verbonden zichtbare winstreserves en agioreserves worden volledig toegerekend aan deze (in preferente aandelen gewijzigde) aandelen. Hetzelfde gebeurt met de stille reserves en goodwill. Hiertoe

zijn – voor zoveel mogelijk – in de jaarrekening en in de statuten afzonderlijke reserves gecreëerd.

- c) De preferente aandelen geven recht op een – eventueel in overleg met de inspecteur te bepalen – zakelijke vergoeding voor het ter beschikking stellen van vermogen aan de vennootschap (primaire dividend). Het primaire dividend wordt, in het verlengde van het vorige punt, berekend over het nominale kapitaal van de preferente aandelen en de aan deze aandelen verbonden zichtbare en onzichtbare reserves (inclusief goodwill). Indien de winst in enig jaar niet voldoende is voor het uitkeren van het primaire dividend, bestaat er in de volgende jaren in zoverre recht op een aanvullend primaire dividend. De na de toekenning van het primaire dividend resterende winst wordt toegerekend aan de gewone aandelen.
- d) Indien in enig jaar na de statutenwijziging in plaats van een dividenduitkering een bijschrijving plaatsvindt op de aan de preferente aandelen verbonden winstreserve-rekening, bestaat in de daaropvolgende jaren ook recht op het vastgestelde percentage primaire dividend over deze bijschrijving.
- e) Indien in enig jaar een verlies wordt afgeboekt op de aan de preferente aandelen verbonden winstreserve-rekening, wordt, als in een later jaar winst wordt gemaakt, een bedrag bijgeschreven op deze winstreserve-rekening dat overeenkomt met het bedrag dat ter dekking van de verliezen was afgeschreven.
- f) Bij liquidatie van de vennootschap worden de aan de preferente aandelen verbonden winstreserves uitgekeerd aan de houder van de preferente aandelen. Het gevolg is dat de direct vóór de statutenwijziging aan de oude aandelen verbonden zichtbare en onzichtbare reserves (inclusief goodwill) uiteindelijk op de preferente aandelen zijn uitgekeerd, tenzij deze winstreserves door verliezen definitief teniet zijn gegaan.
- g) De vennootschap waarop de omgevormde aandelen betrekking hebben, drijft een onderneming.

Naar mijn oordeel brengen de voorwaarden a) tot en met f) met zich mee dat de aandelen vóór de conversie kunnen worden vereenzelvigd met de aandelen na de conversie. Als aan deze voorwaarden wordt voldaan, is niet alleen voor het aanmerkelijkbelangregime maar ook voor de fiscale winstbepaling geen sprake van een vervreemding. Voorwaarde g) kan mijns inziens niet gelden als eis voor vereenzelviging. De samenstelling van het vermogen van de vennootschap is irrelevant voor het antwoord op de vraag of conversie al dan niet leidt tot vervreemding van aandelen. Ook wanneer de vennootschap uitsluitend beleggingen bezit, kan het economische belang van de aandelen vóór en na een conversie gelijk zijn.

Wat opvalt, is dat in het eerdergenoemde besluit geen goedkeuring wordt gegeven voor een geruisloze conversie van preferente aandelen in gewone aandelen. Ook niet voor het geval dat aan deze omwisseling een conversie van gewone aandelen in preferente aandelen vooraf is gegaan. Mijns inziens ten onrechte. Als gewone aandelen met preferente

⁵ Op grond van belastingverdragen kan de buitenlandse aandeelhouder recht hebben op vermindering of vrijstelling van de dividendbelasting.

⁶ In zijn besluit van 4 september 2012, BNB 2013/22, nam de Staatssecretaris van Financiën nog het standpunt in dat voor de aanmerkelijkbelangheffing vanuit het aandeel moet worden beoordeeld of sprake is van een vervreemding. In zijn besluit van 9 maart 2018, BNB 2018/133, is de Staatssecretaris omgegaan. Thans is hij van oordeel dat vanuit de aandeelhouder moet worden beoordeeld of sprake is van een vervreemding.

⁷ Besluit Staatssecretaris van Financiën van 9 maart 2018, nr. 2018-27/39, Stcrt. 2018, 15751, BNB 2018/133.

⁸ Zie ook E.J.W. Heithuis, noot bij, 'Aanmerkelijk belang. Verzamelbesluit. Actualisering beleidsstandpunten', BNB 2018/133.

aandelen kunnen worden vereenzelvigd, kunnen preferente aandelen ook met gewone aandelen worden vereenzelvigd.⁹

4. **Conversie gewone aandelen KLM in preferente aandelen KLM**

Terug naar de herstructurering van het aandelenkapitaal van KLM. De staat converteert zijn gewone aandelen KLM in preferente aandelen KLM. De nominale waarde van de aandelen blijft gelijk. De aandelen gaven voor de conversie recht op een eventueel liquidatiesaldo. Na de conversie kleefte dit recht niet meer aan de aandelen. Voor de waardevermindering van de aandelen is de staat gecompenseerd. In civielrechtelijke zin zijn de aandelen blijven bestaan. In fiscale zin wordt de conversie anders geduid. De aandelen vóór de conversie zijn niet te vereenzelvigen met de aandelen na de conversie. De bestaande aandelen worden fiscaal geacht te zijn ingekocht en nieuwe aandelen worden geacht te zijn uitgegeven. Vino Timmerman heeft gelijk: de conversie van de aandelen KLM is (civielrechtelijk) geen inkoop. Fiscaal zal de conversie echter wel als inkoop worden geduid.

5. **Slot**

Een conversie van aandelen is in civielrechtelijke zin geen vervreemding. In fiscale zin wordt de conversie wel als een vervreemding van aandelen aangemerkt, tenzij de aandelen vóór en na de conversie zijn te vereenzelvigen. De Staatssecretaris van Financiën heeft voorwaarden gesteld waaronder hij goedkeurt dat aandelen vóór en na een conversie zijn te vereenzelvigen. Deze voorwaarden zijn strenger dan tot nu toe in de jurisprudentie zijn gehanteerd. Het fiscaal niet kunnen vereenzelvigen van de aandelen vóór en na een conversie heeft tot gevolg dat de aandelen fiscaal worden geacht te zijn vervreemd. De gevolgen hiervan zijn afhankelijk van de plaats die de aandelen in het vermogen van de aandeelhouder innemen.

Kort gezegd: een conversie is civielrechtelijk geen inkoop, maar fiscaal vaak wel.



'Landschap', Gouache door Eugène Brands (1967) zie www.eugenebrands.nl en www.marksmits.nl

⁹ Zie ook E.J.W. Heithuis, noot bij, 'Aanmerkelijk belang. Verzamelbesluit. Actualisering beleidsstandpunten', *BNB* 2018/133.